

İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

Onur Karahanoğulları*

Özet

Yargı denetimi kavramı ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. İdari işlem ve eylemlere karşı yargı denetiminin sınırlanması olanağı kaldırılmıştır. 1971, 1982 ve 2010 değişiklikleri ise idarenin yargı denetimini sınırlamaya ve hafifletmeye yönelik kurallar getirmiştir. İlk üç kuralın darbe döneminde çıkarılmış olduğu düşünüldüğünde yargı denetimi kuralını değiştirmek ile darbe dönemi arasında ilinti kurulabilir. Tüm bu sınırlayıcı kural koyma çabalarına karşın idari yargı uygulaması idarenin takdiri yetkisine dayanan işlemleri üzerinde etkili bir denetim geliştirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Takdir yetkisi, yerindelik, yargısal denetim, anayasa değişikliği, hukuk devleti.

CONSTITUTIONAL AMENDMENTS REGARDING JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION AND JUDICIAL CONTROL OF DISCRETIONARY POWERS

Abstract

The judicial review of administration was regulated by the 1961 Constitution for the first time. This regulation excluded the possibility of judicial control restrictions. The constitutional changes of 1971, 1982 and 2010 designed to limit and mitigate the judicial control of administration. Considering the fact that the first three of these regulations are the products of military coups one can conclude to a correlation between *coups d'etats* and constitutional changes of judicial control of administration. Despite all these efforts to impose limiting rules administrative jurisdiction develops judicial techniques for effective control of the discretionary power of administration.

Key words: Power of discretion, improper use of discretionary power, judicial control of administration, constitutional amendments, rule of law

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İdare Hukuku Bilimdalı

Giriş

Yargı denetimi kavramı ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiştir. İdari işlem ve eylemlere karşı yargı denetiminin sınırlanması olanağı kaldırılmıştır. 1971, 1982 ve 2010 değişiklikleri ise idarenin yargı denetimini sınırlamaya ve hafifletmeye yönelik kurallar getirmiştir. İlk üç kuralın darbe döneminde çıkarılmış olduğu düşünüldüğünde yargı denetimi kuralını değiştirmek ile darbe dönemi arasında ilinti kurulabilir. Tüm bu sınırlayıcı kural koyma çabalarına karşın idari yargı uygulaması idarenin takdiri yetkisine dayanan işlemleri üzerinde etkili bir denetim geliştirmiştir. Yazıda sözkonusu anayasa düzenlemeleri ve takdiri işlemlerinde kullanılan yargısal teknikler ele alınacaktır.

27 Mayıs Darbesinin 1961 Anayasası

İdarenin yargısal denetime tabi olduğu kuralı ilk kez 1961 Anayasası ile getirilmiştir. 1924 Anayasası'nın 51.maddesinde Danıştay düzenlenmiş ve görevleri arasında “idare davalarına bakmak” sayılmıştı. 1961 Anayasası'nda ise 1924'ten farklı olarak Danıştay, Yargı bölümünde yüksek mahkemeler arasında “üst derece idare mahkemesi” olarak düzenlenmiş, bundan daha önemlisi idare bölümünde, idarenin esasları başlığı altında 114. maddede “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” kuralı getirilmiştir.

1961 Anayasası ile yargı denetimine tabi olma idarenin anayasal işleyiş esası haline gelmiştir. 1971 değişikliğinde yargı denetimi terimi yerine, yargı yolu terimi kullanılacak ve 1982 Anayasasının bölümlemesinde, yargı denetimi (m.125) idarenin esasları arasından çıkartılacaktır.

Anayasanın “idare” bölümünde “idarenin esasları” üst başlığı altında yer alan 114. maddenin başlığı “yargı denetimi”dir. Madde istisna içermeyen bir kural getirmektedir. “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.”

Maddenin gerekçesinde kuralın amaçları, Anayasadan önce çıkarılmış olan kanunlarda yer alan yargı yolunu kapatan hükümleri ve bu yöndeki yargı uygulamasını sona erdirmek; idarenin yargısal denetimini değil yargı organlarının yapacağı denetimi güvenceye almak ve olağanüstü hallerde denetim sınırlamasını engellemek olduğu belirtilmektedir.¹

1 Gerekçe için bkz. Kâzım Öztürk, **İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. III, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1966, s.3152

Anayasada idarenin yargı denetiminin kurala bağlanması'nın nedeni önceki dönemde yasalarla denetim yollarının kapatılmış olması ve Danıştay'ın da bu sınırlamaları aşmak konusunda çekingen davranmasından rahatsız olunmasıdır.

“Birçok kanunlarımızda o kanunlara ilişkin idarî kararlara karşı kazaî müracaat yollarının kapatılmış bulunduğu bilinen bir vakıadır. Bu gibi hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı aşikâr olmakla beraber mahkemeler, bâzı tereddütlerden sonra, açılan dâvaların reddi yolunu tutmuşlardır. Bundan böyle geçmiş tatbikata hiçbir veçhile yer ve imkân vermemek maksadiyle yeni Anayasada bu maddenin sevki zaruri görülmüştür.”

1971, 1982 ve 2010 anayasakoyucuları gibi 1961 anayasakoyucusu da yargının uygulamasından şikayet etmektedir. Anayasa kuralını yargının tavrından şikayet ederek açıklama yöntemini ilk kez 1961 Anayasasının gerekçesinde görüyoruz. Ama bir farkla ki 1961’de şikayet, yargının denetim sınırlamalarını aşmayı becerememiş olması iken 1971, 1982 ve 2010’da yargının idareyi fazlaca denetlemiş olmasıdır. 1961’de idarenin yargı denetimine ilişkin anayasa kuralı konulmakta ve askeri darbeyi yapanların siyasal çizgisinde olduğu düşünülen anayasa koyucu idarenin yargısal denetimi önündeki tüm engellerin kaldırılmasını amaçlamaktadır. 114. madde, Temsilciler Meclisi’nden sonra görüşüldüğü Milli Birlik Komitesi’nde hiçbir tartışma ve değişiklik olmadan kabul edilmiştir. 1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi’nin hazırladığı maddeye Milli Güvenlik Konseyi’nin önemli sınırlayıcı müdahaleleri olacaktır.

114.maddenin Temsilciler Meclisi’nde görüşülmesinde, maddedeki “hiçbir eylem ve işlem” şeklindeki kesinliğe yönelik eleştiri gelmiştir. İdarenin, hükümet tasarrufları, ihtar cezaları, eğitimde not verme işlemleri gibi mahiyeti itibariyle kazai murakabeye pek müsait olmayan tasarrufları bulunduğu itirazı gelmiştir. İtirazları komisyon sözcüsü Turan Güneş karşılamıştır. Eleştirilerde hükümetin yüksek siyasete ilişkin kararları ile idarenin takdiri nitelikli yetki kullandığı kararlarının da yargı denetimine tabi olup olmayacağı sorulmaktadır. İdari işlem, bunlar dışındaki işlemler olarak algılanmaktadır. Turan Güneş, hükümet tasarrufları türünün artık mevcut olmadığını ve idarenin takdiri yetkisine dayanan işlemlerin de denetlenebileceğini ancak tamamıyla takdire dayanan işlemlerde Danıştay’ın davaları reddedeceğini söyleyerek iddiaları karşılamıştır.² Mehmet Hazer, Sait Erdiñç, Vecihi Tönük, Şahap Kitapçı, Sırrı Atalay ve Necip Bilge tarafından dile getirilen hükümetin idari işlem olmayan işleri ile takdiri işlemler yargı denetimi dışında kalmalıdır eleştirisi 1971, 1982 ve 2010 Anayasa değişikliğinin anafikrini oluşturacaktır.

2 Öztürk, **İzahlı, Gerekçeli ...**, s.3154 - 3160

12 Mart Darbesinin 1971 Anayasa Değişikliği

İdarenin yargısal denetimi 12 Mart 1971 Darbesi'nden sonra yapılan Anayasa değişikliklerinin konusu olmuştur. 1961 Anayasasının "Yargı Denetimi" başlıklı 114. maddesi köklü biçimde değiştirilmiştir.

20.9.1971 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasanın "c) Yargı Denetimi, MADDE 114.-İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmü, "c) Yargı Yolu, MADDE 114.- İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır./ Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez." biçimini almıştır (konumuzla doğrudan ilgili olmayan son iki fıkrayı aktarmadık).

Değişikliğin amacı idari yargının idare üzerindeki yargısal denetimini sınırlamaktır. Bürokraside kadrolaşma çabalarının, görevden alınan, bakanlık emrine alınan, görev yeri değiştirilen veya emekliye sevk edilen memurların açtığı davalarda Danıştay'ın verdiği kararlarla zora sokulması yargı denetimine sağ siyasetin ve güçlü icra kuvveti arayanların tepkisini çekmiştir. Askeri Darbe Demirel Hükümeti'ni düşürmesine rağmen Demirel Hükümeti yargı denetimine karşı olan arzularını gerçekleştirmiştir. 1965'in ikinci ayında iktidara gelen ve 3 Aralık 1969'da sona eren AP hükümetleri, bürokrasiye yönelik işlemlerinin Danıştay tarafından durdurulmasından şikayetçi olmuştu. Özellikle, açılan iptal davalarında yürütmenin durdurulması kurumunun kullanılması, yargı denetiminin bir tür ön denetim gibi algılanmasına neden olmuştur. Davanın uzun sürmesinin idare lehine yarattığı esneklik yürütmenin durdurulması kararı verildiği zaman ortadan kalkmaktadır. İdarenin yapmış olduğu bir karara karşı ancak dava açılması üzerine verilen ve hiçbir şekilde öndenetimle ilgili olmayan yürütmenin durdurulması kurumunun böyle algılama yaratmış olması bu nedenledir.

Siyasi akım ve programlardan bağımsız, ancak bunların uygulayıcısı, modern, rasyonel ve nesnel idare aygıtı yaratabilmenin temel aracı olan memur güvencesinin güvencesi kararların yargısal denetimidir. Görevlileri siyasal iktidarlara göre değişecek bir idare isteyen sağ iktidarlara yargı yoluna başvurulmasından rahatsız olmuşlardır. Özellikle yüksek kademedeki memurlar hakkında hükümetin aldığı kararlara dava açılması ve yürütmenin durdurulması ve iptal kararları verilmesi, *idarenin* işlemlerinin denetlenmesi olarak değil de *yürütmenin denetlenmesi* olarak algılanmıştır. Dönem için hükümet – Danıştay çatışmasından söz edilebilir. İcra kuvvetinin Danıştay tarafından paylaşıldığı tezi, 12 Eylül Darbesi'nin temel tezlerinden olacaktır.

Yukarda belirttiğimiz, yargı denetiminin adeta bir öndenetim olduğu ve yürütme görevini paylaştığı yakınmaları 114. maddede yapılan değişiklikle giderilmeye çalışılmıştır. Değişiklik teklifinin gerekçesi ve Millet Meclisi ile Cumhuriyet Senatosu görüşmeleri bu amacı ortaya koymaktadır.

114. maddede yapılan değişikliğin gerekçesine göre:

“... uygulamada ‘Yargı denetimi’ deyimi bâzı hallerde yanlış anlamalara yol açmış, yargının re’sen murakabede bulunmasına ve idarenin yerine geçerek idari eylem ve işlemler tesis etmesine imkân verici bir yetki gibi anlaşılmak istenmiştir. Kavram karışıklığından doğan bu duruma vuzuh vermek maksadiyle madde yeniden kaleme alınmıştır.”³

Maddenin Millet Meclisi ve Senato’daki görüşmesinde önemli bir tartışma yaşanmamıştır. Mehmet Ali Aybar, değişiklik önermeleri vererek idarenin yargısal denetiminin kısıtlanmasını engellemeye çalışmıştır.⁴ Aybar’ın açıklamalarından sonra Anayasa Değişikliği tasarısında imzası bulunan Hasan Dinçer, 114.madde değişikliğinin gerekçesini belirginleştiren bir konuşma yapmıştır.⁵

Değişikliğin amacı,

“... şimdiye kadarki tatbikatta idari yargının, Anayasanın kendisine verdiği yetkileri tecavüz eden tatbikatını nazara almak suretiyle, bu tatbikatı rayına oturtmak ve daha salim bir istikamette yargı ile idarenin yetki hudutlarını tesbit etmek (-tir) ...”

Bu amaçla iki şey yapılmıştır. Madde başlığında ve ilk fıkrada yer alan yanlış anlamaya yol açan denetim terimi yargı yolu olarak değiştirilmiş ve maddeye “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” şeklinde iki sınırlandırma eklenmiştir.

“İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” hükmünün “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” biçimine getirilmesi Hasan Dinçer tarafından şöyle açıklanmaktadır:

“Denetim tâbirinden, bunu istimal eden yargı, idarenin üzerinde bir nevi vesayet hakkı olduğu şüphesini ve iddiasını uyandıracak davranışlara geçmiş, kararlar almıştır. ... ‘denetim’ kelimesinin

3 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, c.17, Birleşim 156’da ek., 1971

4 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, c.17, Birleşim, 157, 28.8.1971, s.384

5 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, c.17, Birleşim, 157, 28.8.1971, s.385

kullanılmış olması, yargının idare üzerinde bir nevi murakabe ve bir nevi ön kontrol hakkının mevcudolduğu ve her işine müdahale edebileceği gibi bir anlayışa yol açmış ve tatbikat bu yolda yürüye gelmiştir. ... [değişiklik] tatbikattaki yanlışlığı düzeltmek maksadına matuftur.”

“Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” şeklindeki sınırlandırmaların açıklaması da yürütme görevine Danıştay tarafından engel olunmaktadır düşüncesine dayanmaktadır.

“Bunlar neden olmuştur? Tabiatıyla 10 yıllık tatbikatın içinde yaşayan bütün arkadaşlarım bilirler; bir iktidarın bir polis müdürünü değiştirme hakkının, yetkisinin istimali karşısında yargının davranışını Türk kamu efkârı ve Türk Parlâmentosu çok iyi bilmektedir. ... bu madde 10 yıllık tatbikatın ilham ettiği ihtiyaçların düzenlenmesinden ibarettir ve her hal ve kârda yargının yetkilerini kısıtlayıcı bir mahiyet taşımamaktadır.”

114. madde değişikliğinin Cumhuriyet Senatosu’nda görüşülmesinde söz alan Sırrı Atalay’ın konuşması, yürütme ile idare arasında bir ayırım yapılması gerektiği, 1961 Anayasasının getirdiği kuralın ve Danıştay uygulamasının bu ayırımı ortadan kaldırdığı ve Danıştay’ı yürütme görevine ortak ettiği anlayışını daha belirgin biçimde ortaya koymaktadır. Sırrı Atalay, 1961 Anayasası görüşmelerinde yaptığı konuşmayı aktararak görüşlerini dile getirmiştir.⁶

“Anayasanın tümü 1961 yılında görüşüldüğü sırada ‘Anayasa ile bir hüküm getiriliyor ve diyoruz ki, siyasi iktidarların takdiri ve idari bütün tasarrufları ister takdire bağlı olsun ister idari tasarruf olsun, ister Hükümet tasarrufu olsun bütün tasarruflar kaza organlarının kontrolüne tabi olacaktır. ... ve bir başvekil ... bir hademeyi dahi işinden çıkaracak olursa o, kaza organlarına başvurup tekrar vazifeye başlayabilecektir. ... memleketteki geçmiş misâllerden ağzımız yandı diye çalışmaz bir Hükümet mi isteyeceğiz. Çay fiyatları arttığı zaman, orduda disipline mugayir bir hareketten ötürü disiplin cezası verildiği zaman veya meselâ, sâri bir hastalık, bir afet sırasında tedbir alındı mı, siyasi bir tasarruf yapıldı mı yahut, öğretmen talebeye kırık not verdi mi bütün bu eylemleri yargı organına nasıl tevdi edeceğiz? ... icra organını teşriî ve kaza organının çifte tesirinde eritip yok etmek

⁶ Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, c.67, Birleşim 114, 12.9.1971, s.405.

temayülünde' demiş idim. ...[Şimdi] yargı yolu diye umumi bir ifade içerisinde yargı denetimini tamamen tesirsiz hale getiriyoruz."

114. madde değişikliği o günkü siyasal ortamdan uzakta okunduğunda değişiklik ile ne yapılmaya çalışıldığını ve değişikliğin sonucunun ne olduğunu anlamak neredeyse imkansızdır. Hükümetlerin bürokraside kendi anlayışına göre kadrolaşma işlemlerinin çokluğu, bu kararlara karşı davalar açılması ve Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararları ve iptal kararları ile idarenin takdiri yetkilerine dayanan işlemlerini denetlemesinin yarattığı durumun öndenetim, re'sen denetim, icra kuvvetinin paylaşılması biçiminde yanlış değerlendirilmesi tepkinin hukuki biçiminin de yanlış kurulmasına yol açmıştır.

Yapılan yeni düzenlemenin temel gerekçesi yargı denetimi kavramının yargının kendiliğinden denetim yapacağı biçiminde anlam taşımasının yarattığı yanlış anlamayı gidermektedir. 1961 Anayasasının hükmünü yanlış anlayıp idarenin işlemlerini kendiliğinden denetleyen bir idari yargıdan söz etmek mümkün olmadığına göre hükmü yanlış anlayan o güne kadar hükümet tasarrufu niteliğiyle denetiminden kurtarılan işlemleri açılan davalarla denetlenmiş olan yürütme organı olmuştur. 1971 yılına kadarki gelişiminin hiçbir döneminde yargının kendiliğinden (re'sen) denetim yapma yetkisi ve uygulaması olmamıştır. Aynı biçimde yargının idari işlem ve eylem yapması da mümkün değildir.

12 Eylül Darbesinin 1982 Anayasası

İdarenin yargı denetimi 1982 Anayasasının "yargı yolu" başlıklı 125. maddesinde düzenlenmiştir. Madde "idare" bölümünde yer almakta fakat 1961'den farklı olarak idarenin esasları arasında değil onlardan sonra gelmek üzere düzenlenmektedir. Yargı denetimine tabi olmak bir anayasal kurum olmakla birlikte 1982 Anayasasına göre "idarenin esasları"ndan değildir.

İdarenin yargı denetimi Danışma Meclisinde kabul edilen metinde 133. madde olarak düzenlenmişti, metne Milli Güvenlik Konseyi tarafından son şekli verilirken (17 Ekim 1982) 125. madde olarak düzenlendi ve yargı denetiminin kapsamına ilişkin önemli sınırlamalar getirdi.

1982 Anayasası idarenin yargı denetimi konusunda 1971 anayasa değişikliğinin getirdiği sınırlamaları olduğu gibi kabul ederek bunlara eklemeler yapmaktadır.

Danışma meclisinin kabul ettiği metinde⁷ yargı denetimi dışında olan iş olarak sadece cumhurbaşkanının anayasada tek başına yapacağı öngörülen işler

⁷ Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, c.7, B-118, , 1982, s.156-158

belirtilmiş, Konsey’ce buna Yüksek Askeri Şura kararları da eklenmiştir. Danışma Meclisince yürütmenin durdurulması yetkisine sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüş; Konsey yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin koşullarını da anayasaya yazmıştır.

Danışma Meclisi, 1971’in “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.” formülünü biraz daha düzelterek “İdarî yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır; idarî işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemez.” biçiminde önermiş ancak Milli Güvenlik Konseyi düzenlemeyi “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” şekline sokarak kabul etmiştir.

1982’nin özgünlüğü idarenin yargı denetiminin alanını tek tek konu olarak sınırlaması ve yargı yetkisinin kapsamına ilişkin “hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmak” ve “takdir yetkisini kaldırarak yargı kararı vermemek” sınırlamalarını getirmiş olmasıdır.

125. maddenin iki gerekçesi vardır. Birincisi Danışma Meclisi’nin kabul ettiği metnin gerekçesi, ikincisi ise bunun Milli Güvenlik Konseyi’nce değiştirilmesinin gerekçesi. Milli Güvenlik Konseyi’nin gerekçesi çok kısa ve metinde yaptığı değişiklikleri “idari yargı yetkisinin hududuna açıklık getirilmesi” amacıyla açıklıyor.⁸ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nun hazırladığı gerekçede 1961 ve 1971’den farklı olarak önceki dönemden şikayet bulunmamakta yansız bir dil kullanılmaktadır.⁹

“İdarenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir. Dolayısıyla, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi getirilmek suretiyle hukuk Devleti anlayışının zorunlu unsuru vurgulanmaktadır.

Ancak”

“Ancak”tan sonra madde metninde yer alan sınırlamalar bir nokta dışında yorumsuz aktarılmaktadır. Gerekçede, yargısal denetimin hukuka uygunluk

⁸ Konsey, kendisine bağlı Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu’nun gerekçesini benimsiyor. **Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, c.7, B-118, , 1982, s.83

⁹ **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, c.7, 119-128, 1982, (S.Sayı: 166’ya 1inci Ek).

denetimi ile sınırlı olduğu hükmü aktarıldıktan sonra “dolayısıyla, yargı organının idarî işlemin yerindeliliğini denetleyemeyeceği de belirtilmiştir” açıklaması yapılmıştır. Danışma Meclisi gerekçesinde yer alan bu “yerindelik denetimi” sınırlaması 2010 Anayasa Değişikliği ile anayasa kuralı haline gelecektir.

125. maddenin komisyon raporlarındaki gerekçeleri kısa. Bununla birlikte, metin üzerinde son sözü söyleyen ve anayasa koyma iradesini merkezileştiren Milli Güvenlik Konseyi’nin, anayasayı önceleyen idari yargılama yöntemine ilişkin yasama faaliyeti sırasındaki tartışmalarından ve Konsey Başkanı Orgeneral Kenan Evren’in anayasa metnine 17 Ekim 1982’de Milli Güvenlik Konseyinde son şekli verilmeden önce adli yıl açılışında yaptığı konuşmasında değişikliğin gerekçesi daha açık biçimde çıkarılabilir.

Kenan Evren 6 Eylül 1982 Adli Yıl Açış Konuşmasında, hukuk devletinde yargının önemli olduğunu ancak yasama ve yürütme karşısında üstün olamayacağını vurgulamıştır. Bu vurgu, eski sistemin yargının üstünlüğüne dayalı bir yapısı olduğunu varsaymaktadır, nitekim bu sorunun çarelerinin yeni anayasada yer alacağını belirtmiştir.

“...Ancak gönülden benimsediğimiz hukukun üstünlüğü ilkesi dolayısıyla yargının diğer iki devlet kuvveti üstünde bir hakimiyete sahip olabileceğini kabul etmenin demokrasi prensipleri ile bağdaşmayacağı bir gerçektir. Demokrasi rejimimizin güçlü ve sağlıklı işleyebilmesi için bu üç kuvvetin dengeli yetkilere sahip olarak uyum içinde ve birbirlerini destekleyecek şekilde faaliyet göstermeleri ön şarttır. Bu konuda geçmişten elde ettiğimiz tecrübelerin ışığında çözüm çarelerini yeni anayasamızda bulacağımızı umuyorum.”¹⁰

Anayasa hazırlanıp, kabul edilip yürürlüğe girmeden önce, toplumsal yaşamı düzenleyen birçok kanunun Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılıp yürürlüğe konulmuştu. İdari yargı sistemini köklü biçimde dönüştüren düzenlemeler de bunlar arasındaydı. Milli Güvenlik Konseyi, 2010 Değişikliği ile anayasa kuralı haline gelecek olan yerindelik denetimi yasağını İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2.maddesinde düzenlemişti. Kanunda yer alan bu yasağa 1982 Anayasası’nda yer verilmemiştir. Kanunun Milli Güvenlik Konseyi görüşmelerinin 6.1.1982 tarihli oturumunda, mevzuata yeni girmekte olan “yerindelik” terimini Kenan Evren’in anlamaması üzerine danışmanlarca ve Adalet Bakanınca açıklamalar yapılmıştır.

¹⁰ Devlet Başkanı Orgeneral Sayın Kenan Evren’in Yeni Adalet Yılı’nın Açılışı Dolayısıyla Düzenlenen Törende Yaptıkları Konuşma (6 Eylül 1982), **Danıştay Dergisi**, sy.44-45, 1982, s.16

Milli Güvenlik Konseyi Başkanı Kenan Evren’in yerindelik ne demek sorusuyla başlayan konuşmaların bir bölümünün aktarılması, hem kavramın mevzu hukuka girmesinin tarihini hem de 1982 Anayasası’nın 125. maddesindeki düzenlemenin gerekçesini aydınlatmak bakımından yararlı olacaktır.¹¹

“BAŞKAN [KENAN EVREN]– Bu ikinci fıkradaki ‘yerindelik’ ne demek? Yeni bir tabir galiba ... ‘Yerindelik denetimi ...’ Bunun eski tabiri nedir? ...

ŞEREF GÖZÜBÜYÜK (Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı) – Girdi efendim; kullanılan bir deyimdir.

BAŞKAN – İhtiyaca uygunluk, ‘yerindelik’ oluyor.

DEVLET BAKANI İLHAN ÖZTRAK – Maslahata uygunluk da denebilir.

BAŞKAN – Evet ... Maslahata uygun mu, değil mi? Evet ...

HAKİM TUĞGENERAL MUZAFFER BAŞKAYNAK (Adalet Komisyonu Başkanı) – Yani bu tür mahkemeler, bu türlü idarî işlem ve eylemleri veyahut da idarî işlemleri, maslahata uygundur veya değildir tarzında bir işleme tabi tutamayacaklar.

BAŞKAN – Yapamazlar.”

[...] KEMALETTİN ALİ KÂŞİFOĞLU (Adalet Bakanlığı Temsilcisi) – Ben ilk defa duyuyorum çok yadırgadım.

BAŞKAN – Ben de yadırgadım onu.

[...] BAŞKAN – Hayır, hâkimler bunu uygularken bunları bilmezler de, yerindelik falan, lügat açarlar, lügat bulamazlar.

KEMALETTİN ALİ KÂŞİFOĞLU (Adalet Bakanlığı Temsilcisi) – Ben kırk iki sene hâkimlik yaptım, yerindelik kelimesini ilk defa duyuyorum.

HAVA HÂKİM ALBAY ZEKİ GÜNGÖR (Adalet Komisyonu Sözcüsü) – Sayın Başkanım, tamamen yeni bir terim olarak idarî doktrine girmiş durumda; ama lügatlara baktığımız zaman ‘yerindelik’ maalesef yok.

11 Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, c.6, B - 91-104, s.5-7 (oturum tarihi: 6.1.1982)

HÂKİM TUĞGENERAL MUZAFFER BAŞKAYNAK
(Adalet Komisyonu Başkanı) – bu konuda ilgili fakültenin öğretim görevlileriyle de konuştuk; öğrencilere bunu öğreteceklerini ve kitaplarında yazdıklarını ifade ettiler.

[...] HAVA HÂKİM ALBAY ZEKİ GÜNGÖR (Adalet Komisyonu Sözcüsü) – Doktrin bunu yeni bir kavram olarak geliştirecek.

[...] ŞEREF GÖZÜBÜYÜK (Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı) – Sayın Başkanım, opportunité karşılığı olarak kullanılıyor. Türkçede en uygun terim olarak da ‘Yerindelik’ tir.

[...] ŞEREF GÖZÜBÜYÜK (Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı) – Sayın Başkanım, uygulamada bir sorun yaratmayacak bir deyimdir. Benim kitaplarımda 10 seneden beri, bu, idarî yargı alanında vardır.

BAŞKAN – 10 seneden beri.

ŞEREF GÖZÜBÜYÜK (Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı) – Tabii, Danıştay kararlarında geçer ve idarî ilimleri okutanların kullandıkları bir deyim; yeni değil [...] Bir örnek arz etmeme müsaade buyurun: Şimdi, Çankaya’da bir pazar yerinin seçimi, dava konusu olmaz. Pazarı, falan meydanda mı kurmak gerekir, yoksa bir başka meydanda mı kurmak gerekir? İdare, tümü ile bunun, aldığı kararın yerindeliğini tespit eder. Okul yapmak için bir kamulaştırma yapılırken şu araziyi mi kamulaştırmak gerekir, yoksa falan arsayı mı?.. Buralara, yargı girmez; bunu anlatmak için de işlemin yerindeliği tartışılmaz; bu idarenin takdirine kalmıştır diye yaygın olarak girmiştir. [...]

BAŞKAN – Anlaşıldı.”¹²

12 Eylül Bis Değişikliği

12 Eylül Bis değişikliğinde 1982 Anayasası’nın getirmiş olduğu yargı denetimi sınırlamalarına yerindelik denetimi yasağı eklenmiştir.

Yargı denetimi sınırlamaları, bazı işlemlerin veya eylemlerin yargı denetimi dışında bırakılması yöntemiyle yapılabileceği gibi yargıcın denetlenen işlem/

12 Bu oturumundan beş ay sonra ve tasarı henüz Danışma Meclisi’nce kabul edilmeden dört ay önce, 10.5.1982 tarihli Danıştay Günü Açış Konuşmasında Danıştay Başkanı Orhan Özdeş, anayasada kullanılacak terim konusunda eleştiride bulunmuştur: “İdari yargı yetkisinin sınırı da idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı tutulmalı, doktrinde ve içtihatlarda sınırları ve içeriği kesinlikle belli olmamış olan bazı deyimlerin Anayasa’ya geçirilerek bir kavram karışıklığına asla meydan verilmemelidir.”, **Danıştay Dergisi**, sy.44-45, 1982, s.8

eylem üzerindeki yetkileri azaltılarak da yapılabilir. 12 Eylül Bis değişikliğinde daha önce yargı denetimine tabi olmayan Yüksek Askeri Şura'nın ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının bir bölümü yargı denetimine tabi kılınmış, idarenin yargı denetiminin kapsamı (kapsamı) genişletilmiştir. Bununla birlikte yargı denetiminin ne olmadığına ilişkin bir özellik daha eklenmiştir, bir sınırlama getirilmiş, idarenin yargı denetiminin içlemi (nitelikleri) daraltılmıştır.

“Yargı yolu” başlıklı 125. maddenin IV. fıkrasına yargı yetkisi “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz” kuralı eklenmiştir.

Madde 125/IV: “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”

2010 Anayasa Değişikliklerinin Genel Gerekçesinde, yapılması önerilen bütün değişiklikler uzun bir paragrafta tek tek sıralanırken yerindelik denetimi sınırlamasına hiç değinilmemiştir.

Madde gerekçesinde ise değişikliğin amacı açıkça vurgulanmıştır.

“Öte yandan, 125 inci maddenin dördüncü fıkrasında, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış ve maddenin gerekçesinde ‘... yargı organının idarî işlemin yerindeliğini denetleyemeyeceği ...’ belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkra yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ve önleyici işlevi olacağı açıktı. Yerindelik denetimi, yürütme iktidarının negatif kullanımı anlamına gelir.”

Genel Gerekçe'nin başında, halkın katılımı olmadan ve demokratik olmayan yöntemlerle yapılmış olduğu için tamamen değiştirilmesi gerektiği söylenen

anayasaya idarenin yargısal denetimini sınırlamak sözkonusu olunca sahip çıkılmakta, hatta yargı organı bu anayasanın madde gerekçesine uymamakla eleştirilmekte ve bu gerekçenin anayasa maddesi haline getirileceği belirtilmektedir.

12 Eylül Darbesi'nin idari yargıyı sınırlamayı amaçlayan düzenlemeleri 12 Eylül *Bis* ile derinleştirilmektedir.

Gerekçeye göre bu değişikliğe yargı organı neden olmuştur. Yerindelik denetimi yapılamayacağı bir ilke olarak nitelenmekte ve “bu ilkenin Anayasada yer almasının yargı pratiğimizden kaynaklandığı ... açıktır” denilmektedir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesi idarenin yargısal denetimini sınırlayarak düzenlemiştir. Yargı, bu düzenlemenin gerekçesinde yer alan sınırlamaya uymamakla da suçlanmakta ve suçun yaptırımı olarak da sınırlamanın anayasa kuralı haline getirilmesi yoluna başvurulmaktadır. “... maddenin gerekçesinde ‘Yargı organının idari işlemin yerindeliğini denetlemeyeceği’ belirtilmiş olmasına rağmen, uygulamada bu hükme uymayacak şekilde, yargı kararlarının verildiği görüldüğünden, bu tür uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla, fıkra da yargı yetkisinin, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı açıkça vurgulanmıştır.”

Yerindelik denetimi yapılamayacağı kuralı kesinlik belirtici olan “hiçbir surette” tamlamasıyla güçlendirilmiştir.

İdari yargı tarafından yerindelik denetimi yapılamayacağının anayasa kuralı haline getirilmesinin ne anlama geleceğinin fark edilememesi olasılığına karşı da önlem alınmıştır. Madde gerekçesine göre, bu hükmün “önleyici işlevi olacak”tır.

Yargı uygulamasından neden şikayet edildiği ve neyin önlenmek istenildiği Meclis görüşmelerinde Devlet Bakanı Hayati Yazıcı tarafından bir örnekle açıklanmıştır.¹³

“DEVLET BAKANI HAYATİ YAZICI (İstanbul) – [...] Bir örnek daha vereyim ben size: Bugün görüştüğümüz, burada Meclisin görüştüğü 125'inci maddeyle ilgili, idari yargının yerindelik denetimi yaparak hüküm veremeyeceğine ilişkin düzenleme. Ben Bakanlığa atandığımdan hemen sonra İzmir'e gittim. İzmir Limanı'nda gemiler, konteyner üzerinde, rıhtımda bekliyordu. “Niye bekliyor?” diye Vali Bey'e sordum. Dedi ki “Efendim, bu limanın kapasitesi düşük, biliyorsunuz, özelleştirildi, dava açıldı, dolayısıyla, özelleştirmede

13 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 23. Dönem 4. Yasama Yılı 93. Birleşim 24/ Nisan /2010 Cumartesi, s.121

ihaleyi alan kişi, dava açıldığı için, yatırım yapmıyor.”[...] ve o dava yeni sonuçlandı, iptalle sonuçlandı. Ve özelleştirme 1 milyar 200 milyon dolardı. Bugün, onu siz özelleştirin bakalım, kaçta satarsınız?”

Takdiri İşlemlerin Denetimi Ve Yerindelik Kavramı

İdarenin yargısal denetiminin niteliğini düzenleyen 125.maddenin 12 Eylül Bis değişikliği ile son şeklini almış olan IV. fıkrasına göre:

1. Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır(12 Eylül ürünüdür).
2. Yargı yetkisi, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz (12 Eylül Bis ürünüdür).
3. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak yargı kararı verilemez (12 Mart ürünüdür).
4. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez (12 Mart ürünüdür).
5. Takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez (12 Eylül ürünüdür).

Bütün bu düzenlemeleri kelime kelime ele alarak bunların mantıksal ve düzenledikleri kurumun niteliğinden gelen çelişkilerini değerlendirebiliriz. Örneğin idari eylem niteliğinde yargı kararının nasıl verilebileceğini sorabiliriz veya yasal idareyi yargının nasıl kısıtlayabileceğini tartışabiliriz. Bu çelişkiler alanını bir yana bırakarak doğrudan söyleyelim ki, yargı denetimini sınırlamak için yazılan bu kurallar, belki de teknik yanlışları nedeniyle ama ondan daha çok idari yargının idarenin iradesini çözümleme ve kavrama konusunda geliştirdiği teknikler sonucunda hukuk devletine zarar verememişlerdir.

Yukarıdaki beş sınırlamanın özü idarenin takdir yetkisi kullandığı durumlarda hukuk kuralları karşısında yerindelik alanı olarak adlandırılabilir bir serbestliğe sahip olduğu ve bu alandaki faaliyetlerinin yargı denetimi yapılamayacağıdır.

Takdir yetkisi ayrı bir karar alma gücü değildir, varolan karar alma gücünün niteliğidir. İdareye yasalarla çeşitli konularda verilmiş karar alma gücü vardır ve bu karar alma gücü idarenin yetkisini oluşturur. İdareye verilmiş yetkilerin bir kısmı *takdiri nitelik*tedir. Örneğin, idarenin kamu görevlilerine ilişkin nakil yetkisi vardır. İlgili maddeyi incelediğimizde neden ögesine ilişkin belirleme bulunmadığı, idarenin neden ögesinde hukuk kuralları içinde serbest bırakıldığı

görülmektedir. Bu bir takdir yetkisi değildir, nakil yetkisidir ve yetkinin niteliği de takdiridir. “İdarenin nakil konusunda takdir yetkisi vardır” denilebilir, ancak daha düzgün anlatım “İdarenin nakil yetkisi takdiri niteliktedir” biçimindedir.

İdareye verilen karar alma gücü, nedenlerde ve sonuçta seçim ve değerlendirme yapabilme olanağı tanıyorsa takdiri niteliktedir.

Bağlı yetki, takdir yetkisi ve yerindelik kavramları idari işlemin neden ile konu ögesi arasındaki bağlantı bağlamında incelenir. Bu serbestlik, *seçim* yapma veya *değerlendirme* yapma serbestliği biçiminde ortaya çıkabilir ve bu iki ögeye ilişkin kurallar belirsiz yazıldığı oranda *yorum*, serbestliği sağlamanın aracı olarak kullanılır. İşlemin nedenleri veya neden ögesine ilişkin veriler konusunda veya nedene bağlı sonuçlarda idarenin seçim yapma olanağı varsa *takdir yetkisi/takdiri yetki* oluşur. **Bağlı yetki**, sebep ortaya çıktığı zaman idarenin doğuracağı sonuçlar üzerinde seçim yapma olanağı olmamasıdır.¹⁴

Yasada açıkça konunun idarenin takdirinde olduğu yazabilir, bu ender bir durumdur. Bunun dışında genellikle yetki veren normda yüklem yeterlik eylemiyle (-ebilir) yazılmış olmasına rastlanır. Ayrıca idareyi karar almaya götürecek nedenlerin kuralda belirlenmemiş olması veya seçenekli belirlenmiş olması da idareye değerlendirme ve seçim olanağı yaratır. Bütün bunların ötesinde İdareye yetki veren kurallarda kullanılan kavramların yorumlanması da idare için değerlendirme ve seçim olanağı yaratabilir. Normun verdiği karar alma gücünün takdiri nitelikte olup olmaması idareyi nedenlerde ve sonuçlarda bağlayıp bağlamadığıyla ilgilidir. Bunun saptanabilmesi için normun yorumlanması gerekir. İdare gereksinim varsa kuralı yorumlar ve karar alacağı konudaki olguları değerlendirir ve bir sonuca varır. İdarenin normu değerlendirmesi yorumdur. Olguların değerlendirilmesi ise, işlemin neden ögesi verilerini oluştururken yaptığı ve norma ilişkin olmayan olguya ilişkin bir değerlendirmedir. Bu değerlendirmesinin hukuksal sınırlarını, örneğin olguyu hukuken nasıl adlandıracağını, norma ilişkin yorumu belirleyebilir. İdarenin uygulayacağı kurallardaki kavramları içeriklendirmek için yorumlaması, kullanılan yetkinin neden ve konu unsuruna ilişkinse yetkiye takdirilik özelliği verebilir.¹⁵ İşlemin diğer unsurlarına ilişkin yorum imkanının takdir yetkisi ile bağlantısı yoktur.

1982 Anayasasının ilk halinde takdiri yetki kullanılarak alınan kararların yargısal denetimini sınırlamak amacıyla düzenleme yapılmıştı. 125. maddedeki düzenlemeye göre, “yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun

14 Takdiri yetki ve bağlı yetkiye ilişkin örnek için bkz. D10D, E.2006/6659, K.2007/1390, 19.3.2007, DD, sy.116, 2007, s.326

15 Örneğin D3D, E.1976/323, K.1976/336, 13.5.1976, DD, 24-25, 1977, s.78

denetimi ile sınırlıdır” ve “takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”. 2010, 12 Eylül Bis değişikliğinde buna yargı yetkisi “hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz” kuralı eklendi. Bu değişiklikten önce de - 1982 Anayasası’ndan yaklaşık onbir ay önce yürürlüğe girmiş olan- İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde bu ayrım bulunmaktaydı.

Hukukilik – yerindelik ayrımına dayanan sınırlama yöntemi Türk hukukunda idarenin takdiri yetkiye dayanan işlemlerinin denetimi konusunda temel bir sorun yaratmamaktadır. İdari yargı bu tip işlemler üzerinde tam denetim yapmaktadır.

Özellikle idari yargıda bilirkişiden yararlanılmasıyla, idarenin takdiri yetki kullandığı durumlarda hukuk dışındaki teknik verilerle yaptığı olgu değerlendirmesi de denetlenmektedir. İdari yargı, bu yola özellikle maddi olgunun bilimsel verilerle değerlendirilmesine dayanılarak varılacak idari işlemin anayasa ile korunan bir değerle veya belli hukuk öznelerinin statüleri ile doğrudan çatışması durumunda başvurmaktadır.

Takdiri yetkinin kullanılmasıyla ortaya çıkan işlemlerin denetimi idarenin aralarından seçim yapabileceği yasal seçenekleri (sonuçları) doğru oluşturup oluşturmadığının ya da oluşturma girişiminde bulunup bulunmadığının; bu sonuçlara götürecek verileri somut olayda düzgün seçip seçmediğinin; idarenin normu doğru yorumlayıp yorumladığının denetimidir.

Takdiri işlemin yargısal denetimi idarenin norm ve olgu düzeyindeki değerlendirmelerinin denetlenmesidir. Norma ilişkin değerlendirmelerinde yargıcın kullanacağı ölçü hukuk kurallarıdır; idarenin olguyu değerlendirmesi denetlenirken yargıcın hukuk dışındaki bilimsel kurallardan yararlanması gerekebilir ki bunun için bilirkişiye başvurulması zorunludur. Olguya ilişkin bilimsel verilerle yapılan değerlendirmeler ilke olarak idari yargıç tarafından denetlenemez bununla birlikte idarenin olguyu incelemek için bilimsel verilere başvurup başvurmadığı, tüm bilimsel olanakları kullanıp kullanmadığı ve daha önemlisi bilimsel olarak varılan sonuçlarla hukukun koruduğu değerleri birlikte değerlendirip değerlendirmede denetlenebilir.

Yerindelik (uygunluk), idarenin yaptığı işlemlerin aldığı kararların ürettiği hizmetin ihtiyaçlarına uygun olup olmamasıdır. Hukukilik, idarenin aldığı kararın idareyi bağlayan hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Yerindelik hukuk kuralları dışındaki teknik/bilimsel kurallarla yapılan bir değerlendirmedir.

Yargıcın yerindelik denetimi yapamayacağı kuralının anlamını; idare etmek faaliyetine ait yargısal olarak kavranamayacak alanı, yerindelik alanını

belirleyebilmek için olgu, hukuk kuralı ve yargılamanın niteliği arasındaki ilişkiyi kullanmamız gerekir. Yargılama, hukuk kurallarının uygulanmasıdır. Uyuşmazlık yargılamanın temelidir, hukuk özneleri arasındaki bir çekişme, yargıç tarafından hukuk kuralları uygulanarak çözülür. Olgular ancak, hukuk düzenine dahil edilmiş veya edilebildikleri oranda yargıcı ilgilendirir. Yargıç idari yargıdaki bu uyuşmazlığı/çekişmeyi çözmek için işlem veya eylem konusu olayın sadece hukuksal görünümünü değil, maddi verileri de değerlendirmek zorundadır. Teknik bilginin, maddi verilerin düzgün kullanılıp doğru/yerinde sonuca ulaşılp ulaşılmadığını araştırmak zorundadır. *Çünkü doğru/yerinde sonuç aynı zamanda hukuk düzeni içindeki bir hakkı ya da kuralı ihlal etmeyen sonuçtur. Yargıç idarenin teknik/bilimsel değerlendirmesini hak veya hukuk kuralı ile ilgisi olmadığı oranda yargılamanın dışında bırakmak zorundadır.*

İdare bir diğer hukuk öznesinin temel haklarıyla veya anayasadaki temel ilkelerle ilgili, daha doğru anlatımla onlarla gerilim yaratan bir karar aldığı anda bu gerilimi ortadan kaldıracak veya enaza indirecek tekniği kullanmak zorundadır. İdarenin takdir yetkisi kullanılırken sahip olduğu serbestlik hukukun genel ilkelerinin yanı sıra anayasadaki temel hakların korunması yükümlülüğü ile de sınırlıdır.¹⁶ Diğer hukuk öznelerinin hakları ve temel ilkelerle doğrudan ilgili olmayan konulardaki teknik değerlendirmesi ve tercih ettiği sonuç idarenin yerindelik alanıdır. Bu durumda, yasanın verdiği karar alma gücünü kullanan idarenin verdiği sonucu önceleyen ve belirleyen bilimsel/teknik değerlendirmesinin yargılama aşamasında incelenmesi mümkün değildir. Yetkinin varlığı, doğru kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, yasak konu sözkonusu olup olmadığı, yöntem ve biçim kurallarına uyulup uyulmadığı denetlenebilir, buna karşılık idarenin kamu yararını sağlamak için uyguladığı teknik, değerlendirme dışındadır. Çünkü yargıcın hukuk dışındaki veriyi değerlendirmesini zorunlu kılan bir hak çatışması sözkonusu değildir.

Anlatılanları açıklamak için kullanacağımız örnekte idarenin takdiri yetkisini kullanarak verdiği sonuç ile mülkiyet hakkı arasında çatışma sözkonusu olduğundan takdiri işlemin hukukilik denetimi yapılabilir. Mülkiyet hakkını sınırlayan bir karar sözkonusu olmasaydı aktaracağımız olayda idarenin işleminin yargısal denetimi hukuka uygunluk denetimiyle tamamen ilgisiz bir yerindelik denetimi olacaktı. Olayda Afyon ili, Başmakçı ilçesinde bir taşınmaz, imar planı değişikliği ile “tören alanı” olarak belirlenmiş ve bu plana dayalı olarak yapılan kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Bu kararlara karşı açılan davada ilk derece idari yargı yeri iptal

16 D11D, E.2004/5815, K.2007/461, 24.1.2007, DD, sy.116, 2007, s.344; D5D, 2002/5415, K.2005/5092, 10.11.2005, DD, sy.112, 2006, s.170; DDDK, E.1975/384, K.1976/360, 24.12.1976, DD, 26-27, 1977, s.183; D5D, E.1991/3725, K.1992/1960, 23.6.1992, DD, 87, 1993, s.306

istemini “imar planında tören alanı olarak ayrılan yerin kent merkezi olduğu, önemli bir kavşak üzerinde belediye, adliye ve ticaret alanının tanımladığı bir noktada yer aldığı, kent merkezinde toplanma mekanı olarak tanımlanmış ve yer olarak doğru seçilmiş bir meydan niteliğinde bulunduğu, özellikle belediye binasının önünde olması nedeniyle resmi bayramlarda toplantıların yapılabileceği ve çeşitli etkinliklerin yer alabileceği bir alan olduğu anlaşıldığından, dava konusu imar planında şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle reddetmiştir. Danıştay “tören alanı”nın niteliğinden ve imar yetkisinin amacından yola çıkarak işlemlerin hukuka aykırılığına ve kararın bozulmasına hükmetmiştir.

“Tören alanları, bir önem atfedilmiş günlerde sadece o gün için toplanma amaçlı olarak kullanılacak alanlardır. Süreli ve geçici olarak tanımlanabilecek böyle bir ihtiyaç için herhangi bir taşınmazın sürekli olarak imar planında bu amaca tahsis edilmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Aksine bir görüşün, imar planlarının kamu yararı için toprağın korunma ve kullanma dengesini en rasyonel biçimde sağlama fonksiyonuyla örtüşmeyeceği açıktır. ... bu nitelikteki bir ihtiyacın ilgili idarelerce imar planında başka amaçlara ayrılan yerlerin geçici olarak tahsisi suretiyle giderilmesi de mümkündür.

Bu itibarla, belirtilen amaçla ayrıca yer ayrılmasına ilişkin imar planında şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uyarlık bulunmadığından dava konusu imar planı ve bu plan uyarınca yapılan kamulaştırma işlemi hakkında İdare Mahkemesince yeniden karar verilmesi gerekmektedir (D6D, E.2004/926, K.2006/762, 24.2.2006, DD, sy.113, 2006, s.206).”

Danıştay, idarenin değerlendirmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmekle kalmamış, karşılamak istediği ihtiyacın en uygun biçimde nasıl karşılanacağını da gerekçede saptamıştır. Bu karardan sonra idare tören alanı olarak yer belirleyip belirlememekte serbesttir, ancak tören alanı belirlemek istediğinde bunu ancak tören süreleri ile sınırlı olarak yapabilecek, bir mekanı sürekli olarak tahsis edemeyecektir. İdarenin serbestlik alanı daralmış ancak ortadan kalkmamıştır. İdarenin bu alanı taşması durumunda, mülkiyet hakkına haksız bir müdahale söz konusu olacaktır.

Benzer bir örnekte köye koruluk yapmak amacıyla kişinin tarım arazisini kamulaştırılmıştır. Kararın yargılanmasında, mahkeme neden ögesi verilerini incelemiş idarenin uygun/yerinde gördüğü sonucun, mülkiyet hakkını ihlal etmeyen başka bir seçenek olduğu için hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

“İdari işlemlerin kamu yararını gerçekleştirmek amacına yönelik olması ve bu amaçla tesis edilmesi zorunludur. Olayda sebze bahçesi olarak kullanılan davacıya ait tarım arazisi köye koruluk yapmak amacı ile kamulaştırılmış ise de, köyün ormanla çevrili olması, amenajman planına göre ağaçlandırılabilir boş arazinin bulunması ve bahçe olarak kullanılan arazinin çevreye bu yönden sağladığı girdiler nedeniyle, kamulaştırma amacının yukarıda belirtildiği gibi kamu yararını gerçekleştirmeğe yönelik olmadığı, dolayısıyla dava konusu kararın amaç yönünden idare hukuku kurallarına uygun bulunmadığı sonucuna varılmıştır (D6D, E.1977/2352, K.1978/1975, 2.5.1978, DD, 32-33, 1979, s.507).”

Danıştay’ın takdiri yetkiye ilişkin içtihadından şu temel ilkeler çıkmaktadır. Danıştay bunları idare hukukunun bilenen ilkeleri olarak nitelemektedir.¹⁷ Buna göre,

1. Mutlak bir serbestlik değildir.
2. Sınırsız değildir.
3. Kamu yararıyla sınırlıdır.
4. Hizmet gerekleriyle sınırlıdır.
5. Keyfi kullanılamaz.
6. Amacı dışında kullanılarak yetki saptırılamaz.
7. Geçerli nedenlere dayanmak zorundadır.
8. Gösterilen nedenlerin idarenin takdir ettiği sonuç için yeterli olması gerekir.
9. Nedenlerin incelenen olayda gerçekleşmiş/mevcut olması gerekir.
10. Bu koşullar yönünden yargı denetimine tabidir.

¹⁷ Örneğin, DDDK, E.1974/280, K.1975/102, 4.4.1975, DD, 20-21, 1976, s.248; D5D, E.1978/2766, K.1980/2236, 18.6.1980, DD, 40-41, 1980, s.170; D5D, E.1995/1925, K.1997/589, 17.3.1997, DD, 94, 1998, s.332; Cumhuriyet Dönemi Danıştay kararlarının yayımlandığı ilk kaynak olan ve 1937 yılında çıkmaya başlayan *Devlet Şurası Kararlar Mecmuası*’nın ilk sayısında yer alan Kazai Kararlardan ikincisi takdir yetkisinin, idari işlemin nedenlerinin “kifayet ve ademi kifayeti” yönünden denetlenebileceğine ilişkindir. Kararda bu konudaki içtihadın takarrür etmiş olduğu da belirtilmiştir. Danıştay kararlarına ulaşabildiğimiz 1937 tarihli bu ilk derlemedeki ikinci karar yerleşiklik kazanmış içtihattan söz etmekte, ancak bu kararlara ulaşmak için basılı kaynak bulunmamaktadır. “*Birinci müdafaanamede Vekâlet emri muamelesinin idarî dava zemini olmadığı ileri sürülmüş ise de bir memurun vekâlet emrine alınması âmmeye hizmeti menfaati itibarıyla lüzumunun sübutu için ileri sürülecek sebeplerin kifayet ve ademi kifayeti hususunun takdiri idarî dava zemini olduğundan Şûrayıdevletin bu husustaki içtihadı takarrür etmiş olduğu cihetle ittifakla esasın müzakeresine girildikten sonra ...* (D.U.H. No:37/27, T.C. Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, sy.1, 1937, s.34). ; Danıştay’ın 19.3.1937 tarihli içtihadı birleştirme kararında da idarenin takdir yetkisinin denetime tabi olduğuna hükmetmiştir (Dâva Daireleri Umumi Heyeti, E.1937/76, K.1937/68, 19.3.1937, *Danıştay İctihadı Birleştirme Kararları (1933-1966)*, (Haz. Şeref Hocaoglu), s.23.

Danıştay bu temel ilkeleri kullanarak etkili bir denetim gerçekleştirmektedir. Takdiri yetkiye dayanan işlemin, takdirilik özelliğinin ortaya çıktığı neden ve amaç unsurları da dahil tüm unsurları idari yargı denetiminin kapsamındadır. Danıştay'ın idari işlemin tüm unsurlarının yargı denetimi kapsamında olduğunu kabul etmesi yerindelik denetimi yasağının getireceği yargı denetimi sınırlamasını gerçek alanına hapsedmektedir.

Takdiri yetkinin kullanılması ile alınan karara karşı açılan bir iptal davası olduğunda yargıç, işlemin tüm unsurlarında yargısal denetim yapmak zorundadır ancak bu yapıldığında idarenin seçim yapabileceği sonuçların hukuki olduğu saptanabilir ve idareye hukuka uygun bir yerindelik alanı kalır. İdarenin seçeneklerinin hukuka uygun olup olmadığının yargılanması mümkündür, seçeneklerin hukuka uygun olduğu saptandıktan sonra bunlardan birisini tercih etmiş olması yargının değerlendirme yetkisinde olmayacaktır.

Takdiri yetkiye dayanan işlemin sebebi idarenin salt iradesi olamaz, yani idarenin iki sonuçtan birini seçerken herhangi bir neden unsuruna dayanmadan salt seçim imkanından söz etmesi durumunda işlem hukuka aykırı olacaktır, zira seçim durumunda sebep – konu bağıni koparma serbestliğı yoktur.

Takdiri yetkiye dayanan kararlar nedensiz kararlar değildir ve işlemin nedeni idarenin verilerden yoksun serbest seçimi olamaz.¹⁸ Yerindelik/uygunluk, idarenin aldığı kararın üretmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin üretim/örgütlenme tekniğine uygun olmasıdır, hukuk normundan çok teknik kurallarla değerlendirilir. İdarenin teknik kurallarla yaptığı değerlendirme üzerine uygun/yerinde sonucu tercih etmesi hukukilik denetimi yapan yargı tarafından denetlemez. Bununla birlikte idare teknik değerlendirmesine ilişkin veri sunmak zorundadır yani “bu uygundur, iyidir, yerindedir, hizmet ihtiyaçlarını karşılamaktadır” gibi bir niteleme yapması fakat buna ilişkin veriler sunmaması durumunda değerlendirmesinin hukukun tanıdığı teknik değerlendirme yapabilme serbestliğinin hukuka aykırı biçimde kullanılması sonucu doğar.

Yerindelik değerlendirmesi serbestliğı eksik değerlendirme yapma serbestliğı tanımaz.¹⁹ İdare yerindelik değerlendirmesi yapıp uygun kararı araştırırken teknik verilerden yararlanmak zorundadır, idari yargı takdiri yetkinin teknik verilere dayanılarak kullanılıp kullanılmadığını da denetler.²⁰

İdare takdiri yetkisini kullanarak somut durumu teknik ve bilimsel araçlarla

18 DDDK, E.1973/202, K.1975/172, 9.5.1975, DD, 20-21, 1976, s.243

19 D6D, E.1983/1238, K.1983/4337, 28.12.1983, DD, 54-54, 1984, s.234

20 D8D, E.2005/1680, K.2005/4184, 21.10.2005, DD, sy.112, 2006, s.229

değerlendirecek ve uygun/yerinde bir sonuca varacaktır. İdarenin somut olayın verilerini toplamak ve değerlendirmek için hiçbir inceleme ve araştırma yapmadan sonuca varması takdiri yetki kullanması değil keyfiliktir.²¹

Takdiri yetki kullanan idare olguyu değerlendirmek için teknik ölçütler ve veriler kullanmak zorundadır. Haklarla çatışan yerindelik tercihlerini denetleyen yargıç da teknik veri ve dolayısıyla bilirkşi kullanmak zorundadır.²²

İdari işlemin neden ve amaç ögeleri arasındaki bağlantı, idari işlemlerin yargısal denetimini güçlendirmek, teknik araçlar yaratmakta kullanılabilir. Örneğin, amaçtan neden oluşturarak takdir alanı denetlenebilir. Takdiri yetkiye dayanan işlemlerin denetiminde yetkinin amacından yola çıkarak yasada belirlenmemiş neden ögesi ve idarenin değerlendirmesine ilişkin ölçü geliştirilebilir.²³ Yetkinin amacının genel kamu yararı amacı dışında özel olarak belirlenmiş olması durumunda da denetim ölçütü belirginleşir. Yasa yetkinin amacını özel olarak belirlediği durumlarda idarenin neden ögesini oluşturan verilerde ve varacağı sonuçları değerlendirmekte sahip olduğu serbestlik sınırlı olacaktır. Tüm işlemler için geçerli olan kamu yararını sağlamak genel amacının yanısıra idarenin yetkisiyle ulaşmak zorunda olduğu amaç belirginleştirilerek düzenlenmişse, idarenin aldığı kararın bu amacı gerçekleştirmediği iddiasını yargılayacak mahkeme idarenin teknik değerlendirmesini veya böyle bir değerlendirme yapıp yapmadığını araştırıp yargılayacaktır.²⁴

Türk hukukunda tüm sınırlama girişimlerine karşın idarenin takdiri yetkiye dayanan işlemlerinin yargı denetimi etkili bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Hukuk devleti kavramının özü, devlet adına irade açıklayan öznelerin iradesinin mevcut hukuk düzenine aykırı olması durumunda düzeltici mekanizmalarla, sistemin bu çelişkiden temizlenmesidir. İdari birimler de bu öznelerdendir ve hukukla kavranabildiği oranda iradeleri hukuk sistemiyle çelişmeme yükümlülüğündedir. Hukuk devleti düşüncesi, çıplak ve fiili gücün hukukla kavranmasıyla gelişir. Tüm sınırlayıcı değişikliklere karşın Türk idari yargısı, idarenin takdiri yetkilerini hukukla kavrayacak yöntemler geliştirmiş ve bu nitelikteki işlemlerde etkili bir yargı denetimi sağlamıştır. İdari yargımızın takdiri işlemleri denetlemekte kullandığı teknikler oldukça gelişkin ve gelişme olanağı taşır niteliktedir. Takdir yetkisi konusundaki kuramsal karmaşa hukukçuların Franko-kompleksten kurtulmayı becerip Danıştay kararları üzerinde çalışmalar yapmamasından; Danıştay kararlarının tümünün erişilebilir olmaması nedeniyle

21 D10D, E.1999/474, K.2005/3949, 5.7.2005, DD, 111, 2006, s.298

22 D6D, E.1984/22, K.1984/1054, 22.2.1984, DD, 56-57, 1985, s.226

23 D12D, E.1972/1685, K.1974/2578, 20.11.1974, DD, 18-19, 1975, s.628

24 D13D, E.2005/7997, K.2006/4380, 20.11.2006, DD, sy.115, 2007, s.435

Danıştay'ın kendini kendi kararlarıyla bağlı hissetmemesinden ve dolayısıyla bir içtihat mahkemesi olmamasından kaynaklanmaktadır.

Kavramsal gelişkinlik zaaflarına, kararlardaki tutarlılık ve uyum sorunlarına karşın idari yargı etkili denetim yapmaktadır.

Türk idari yargı uygulaması, hukuk devleti ilkesini temel kuruluşunun değiştirilemez niteliği olarak kabul eden bir sistemde idarenin yargı denetimini hafifletmek için Anayasa değişikliğinin yetmeyeceğini göstermiştir. Kadrolarla birlikte değerlendirmek gerekir. Yapılmak istenilen için hukuk bilimcilerinin, eğitimin ve yargı kadrolarının değişmesi gerekir 12 Eylül'ün idari yargılama yasalarını hazırlayanlar yerindelik denetimi yapılmaz kuralı konusunda Kenan Evren'e, "ilgili fakültenin öğretim görevlileriyle de konuştuk; öğrencilere bunu öğreteceklerini ve kitaplarında yazdıklarını ifade ettiler" ve "benim kitaplarımda 10 seneden beri bu ... vardır." diyerek güvence vermişlerdi. 1980 sonrası yargı uygulaması hocaların yazdıklarının, öğrencilerin okuduklarının idarenin yargı denetimini hafifletmek için yetmediğini aşağıdaki gibi metinleri yazan, okuyan ve benimseyen bir neslin hakim olmasını beklemek gerektiğini göstermiştir.

"Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi Mümkün Değildir. İdarî yargı organları idarenin takdir yetkisini denetleyemezler. Çünkü, ... takdir yetkisi, idarî işlemin 'hukukîliği (légalité)' ile değil 'yerindeliği (opportunité)' ile ilgilidir. İdare, takdir yetkisiyle, idarî işlemin hukukîliğini değil, yerindeliğini 'takdir' ettiğine göre, idarî işlemlerin hukukîliğini inceleyen idarî yargı organları, mahiyeti gereği, idarî işlemlerin yerindeliğini araştıramaz; dolayısıyla da idarenin takdir yetkisini denetleyemezler. Bu hukuk mantığından çıkan genel bir sonuçtur. Ayrıca pozitif metin tarafından öngörülmesine de gerek yoktur."25

25 Kemal Gözler, **İdare Hukuku, C.I**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.952